Die Abrede der Pfandverwirkung.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

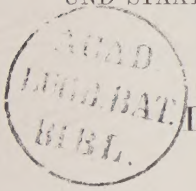
HOHEN RECHTS- UND
STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

**KGL. BAYER. JULIUS-MAXIMILIANS-UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**

ZUR

ERLANGUNG DER RECHTS-
UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN DOKTORWÜRDE



VORGELEGT VON

Dr. phil. Eugen Reinhard
aus Niedernberg a. M.

Berlin 1909.
Universitäts-Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)
Linienstraße 158.

Referent:

Geh. Rat Professor Dr. **Hugo v. Burckhard.**

Disposition.

Einleitung.

Seite

I. Abriß der Bearbeitungsgeschichte der lex commissoria . 5
II. Plan der vorliegenden Abhandlung 7

Historischer Teil.

Die lex commissoria bis zum BGB.

I. Bis zu Konstantins Verbot 9
II. Bis zum Jahre 1867 12
III. Das Gesetz vom 14. November 1867 17

Systematischer Teil.

Die Verwirkungsabrede im geltenden Recht.

I. Grundpfandrecht 19
1. § 1149 19
a) Seine Entwicklung 19
b) Sein Inhalt und seine Erstreckung 20
2. § 1136 27

II. Fahrnispfandrecht: § 1229 28
1. Seine Entwicklung 28
2. Sein Inhalt und seine Erstreckung 30
3. Besonderheiten 33
a) Geldpfand 33
b) Pignus irregulare 37
4. Ausdehnung auf das Handelsrecht 38

III. Schuldrecht 38
1. § 360 38
2. § 455 39

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507206_0120

Einleitung.

I. Abriß der Bearbeitungsgeschichte der lex commissoria.

Auch Gesetze haben ihre Schicksale, und ein ganz eigentümliches hat die lex commissoria gehabt, die uns in den folgenden Ausführungen beschäftigen soll. Vor nunmehr anderthalbtausend Jahren hat sie der große Konstantin dazu verurteilt, vergessen zu werden, ganz ausgetilgt zu werden aus dem Gedächtnis der Lebenden und auf die kommenden Generationen nicht mehr überliefert zu werden. Alles geschah, um den gutgemeinten Willen des Herrschers durchzusetzen; die Kompilatoren Justinians waren peinlich bestrebt, das in posterum omnem eius memoriam abolere zu verwirklichen. Und doch hat sich bis auf uns das Gedächtnis der lex commissoria und das Institut der Verfallklausel erhalten, und eine reiche Literatur hat sich um sie gebildet. In der umfassenden dogmengeschichtlichen Entwicklung der l. c., die Warnkönig geliefert hat, (Archiv für die zivilist. Praxis, Bd. XXIV bis XXV), findet sich alles Material darüber sorgfältig zusammengetragen.

Um nur einige bedeutendere Namen aus der Fülle derer herauszuheben, die sich wissenschaftlich mit der Lehre von der Verfallklausel befaßten, nenne ich: Azo, Accursius, Bartolus, Negusantius, den großen französischen Juristen Chr. Du Molin, den Belgier Mudaeus, dann Bachovius und noch später (1752) van Muschenbroeck. Zum ersten Male richtig dargestellt hat die Lehre J. Gothofredus (1652†), dessen Abhandlung erst 1665 erschien. Historisch beleuchtet hat zuerst Cujacius die l. c., die er aber fälschlich mit der fiducia identifizierte. Weitere selbständige Abhandlungen aus dem 17. Jahrhundert sind die Dissertationen von Gothofredus a Jena und von L. Menken.

In neuerer Zeit wären von deutschen Bearbeitern zu nennen A. D. Weber, bekannt namentlich durch seine zu weite Definition der l. c., und Glück, der in Bd. XIV seines Kommentars zu Hellfelds Pandekten — nach Warnkönig — das Gediegenste sagt, was bisher darüber gesagt wurde. [Warnkönig, a. a. O. XXIV, S. 36.]

Nach Warnkönig haben sich mit dem Stoffe noch befaßt Bachofen in seinem „Pfandrecht“ und namentlich Dernburg, der in seinem „Pfandrecht“ der l. c. ein eigenes Anhangskapitel widmet. Eine ausführliche Behandlung hat speziell die l. c. beim Kauf erfahren durch H. v. Burckhard [Archiv f. d. ziv. Praxis, Bd. 51, XVII, XVIII].

Die Materie wurde früher gewöhnlich so traktiert, daß man sie in einzelne Fragen zerlegte; bei Menken

finden wir deren 39. Von Bartolus und dem ihm folgenden Albericus de Rosate (†1344) wurde zur Klassifikation der verschiedenen Fälle der l. c. ein dann im folgenden oft verwendetes Schema ausgearbeitet, und zwar wie folgt [Warnkönig, XXIV. 13]:

Contrahitur pactum legis commissoriae

1. Aut cum tertio, puta cum fide jussore — valet.
2. Aut cum creditore principali.
   a) aut pro justo pretio: valet
   b) aut pro debito,
      α) ex intervallo — valet.
      β) initio — non valet.

II. Plan der vorliegenden Abhandlung.

Die vorliegende Arbeit soll in einem kürzeren historischen Teile die Entwicklung der l. c. bis zum geltenden Rechte aufzeigen.

Dieser erste Teil wird sich zweckmäßig gliedern in die Zeit vor 320, d. h. vor dem Erlaß des Verbotes, und in die Zeit nach demselben.

Besondere Beachtung verdient innerhalb der letzteren Periode das Jahr 1867, in dem nach einer — wie wir sehen werden — irrigen Meinung das Verbot aufgehoben worden sein soll.

Der zweite Teil soll dann systematisch zusammenstellen, was sich über die Verwirkungsabrede im geltenden Rechte sagen läßt. Das Hauptgewicht liegt dem Thema entsprechend naturgemäß im Sachenrecht;

doch findet sich das Verbot auch schuldrechtlich in der Lehre von den Verträgen und in der vom Kauf.

Im Pfandrecht haben wir angemessener Weise auseinanderzuhalten die Verwirkungsabrede im Grund- und im Fahrnispfandrecht.

A. Historischer Teil.

Die lex commissoria bis zum BGB.

I. Bis zu Konstantins Verbot.

Als erste Frage erhebt sich hier die nach der Natur der l. c.; was ist sie begrifflich?

Eine gesetzliche Definition läßt sich nicht vorlegen, denn das ganze Institut sollte ja in posterum aboleri. Nur einmal wird die l. c. im codex Justinianeus erwähnt, und zwar an der Stelle, wo sie verboten wird. Eine Begriffsbestimmung ist dabei nicht gegeben, jedenfalls weil ohnehin jedermann wußte, was gemeint war.

Nur indirekt läßt sich ihr Inhalt ermitteln, und zwar hauptsächlich mit vier Indizien:

Einmal aus dem Namen des Gesetzes. Lex commissoria heißt sie, also muß ihr wesentlicher Inhalt mit dem committere getroffen sein.

Über die Wortbedeutung hat ausführlich gehandelt Warnkönig [a. a. O. XXIV, S. 231 f.]: committere contra oder in legem heißt danach gegen ein Gesetz handeln und zugleich die damit verbundenen Nachteile sich zuziehen; in poenam committere bedeutet

demnach „in Strafe verfallen“. In einem anderen Sinne kann es auch heißen: überlassen, zur Verfügung stellen. Und diese beiden Begriffe kombiniert scheinen den in l. c. enthaltenen zu erschöpfen: strafweise zur Verfügung stellen, verwirken.

In dieser Bedeutung kommt das Wort auch sonst vor, z. B. in fr. 14 D. de publicauis 39_4, wo Ulpian unzweideutig erklärt: ‚quod commissum est, statim desinit esse eius, qui crimen contraxit . . . ‘. l. c. würde demnach bedeuten: ein Vertrag, der etwas für verfallen erklärt.

Was verfällt, zeigen uns die Schlußworte der lex: creditores enim re amissa iubemus recuperare, quod dederunt.

Ganz deutlich ergibt sich die Struktur der l. c. aus den Basiliken in XXV. 7, cap. 62 [Heimbach, Tom IV, S. 82]:

> *‚ἐαν ἐιπη ὁ δανεισης, ὁτι εἰ μη καταβληθειη μοι το χρεος ἐντος τουδε του χρονου, δεσποτης ἐσομαι του ἐνεχυρου, τουτο το συμφωνον ἀνυσχυρον ἐσιω‘.*

Und endlich läßt uns auf den Inhalt des verbotenen Paktums Schlüsse ziehen die Analogie mit der l. c. beim Kaufvertrage, in l. 4 pr. D. de lege comm. 18_3.

Faßt man alles zusammen, so wird man mit Sicherheit sagen dürfen: die pfandrechtliche Verwirkungsabrede war ein Nebenvertrag, demzufolge das Pfandobjekt dem Pfandgläubiger als Eigentum zufiel, wenn der Schuldner zum bestimmten Termin nicht voll befriedigt hatte.

Die Formel, in der man diese Abrede traf, mag nach Dernburg [Pfandrecht II, S. 276] etwa gelautet haben:

> ‚Si pecunia intra diem certum soluta non sit, fundus creditoris esto'.

Es erhebt sich nun die Frage nach der juristischen Natur der l. c.

Oft ist sie als suspensiv bedingter Verkauf hingestellt worden, wohl in Anlehnung an die westgotische Interpretation zur l. un. C. Th. 3_2, die lautet:

> ‚commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit'.

Es dürfte aber nicht angebracht sein, in der l. c. lediglich einen suspensiv bedingten Verkauf zu sehen, schon darum nicht, weil ein justum pretium fehlt, das dem Kaufe wesentlich ist.

Die l. c. gibt auch keine eigene Kontraktsklage; sie mußte dingliche Wirkung haben und vom Zeitpunkte des Verfalls ab die Vindikation gegen jeden Dritten gestatten.

Diese Wirkung mußte eintreten bei allen Verpfändungsarten, und hier ergeben sich Schwierigkeiten hinsichtlich des Vorgangs der Eigentumsübertragung. Sehr einfach war es bei der fiducia, bei der die Pflicht zur Rückübertragung erlosch. Beim pignus, wo der Pfandgläubiger nur Besitzer war, dürfte eine suspensiv bedingte Eigentumsübertragung anzunehmen sein. Bei der hypotheca wird man Dernburgs An-

sicht folgen müssen, wonach der Pfandgläubiger eine actio hypothecaria mit verstärkter dinglicher Wirkung erhielt, so daß er gegenüber jedem Zahlungswilligen die exceptio legis commissoriae geltend machen konnte [Dernburg, Pfandrecht II, S. 277].

Selbstverständlich besteht für den Pfandgläubiger nur das Recht, nicht die Pflicht zur Ausübung der l. c.; hat er sich aber einmal für diese entschieden und diesen Willen zum Ausdruck gebracht, so kann er nicht mehr zurück, und zwar nach l. 7 D. de lege comm. 18_3, wo es heißt:

> ‚si pretium petat legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hoc redire potest‘.

II. Von Konstantins Verbot bis zum Jahre 1867.

Im Jahre 320 erließ Konstantin zusammen mit anderen Wohlfahrtsgesetzen von Sardica aus das Verbot der l. c. Es findet sich in l. 3 Cod. de pact. pign. et lege comm. rescindenda 8_{34} und lautet folgendermaßen:

> Constantinus ad populum:
>
> „Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. creditores enim re amissa recuperare iubenmus, quod dederunt.‘

Dieses Verbot läßt an Bestimmtheit nichts zu wünschen übrig. Sogar rückwirkende Kraft wird ihm beigelegt, die aber sicherlich noch irgendwie begrenzt gewesen ist, da sich andernfalls unabsehbare Komplikationen ergeben hätten.

Aus welchen Gründen das Verbot erfolgte, ist unschwer einzusehen, die asperitas liegt klar zutage. Niemand nimmt Darlehen auf, wenn ihn nicht die unbedingte Notwendigkeit dazu zwingt, und in dieser Bedrängnis ist man willig bereit, — ja, man muß es schließlich sein — sich auch ungünstigen Bedingungen zu unterwerfen. Und man tut das im Falle unserer Verwirkungsabrede um so leichter, als man ja bei der Aufnahme des Darlehns der Hoffnung lebt, zum bestimmten Termin zahlen zu können, womit die Härte gegenstandslos wird. Kommt nun der Verfalltag heran, und es gelingt dem Schuldner nicht die nötige Summe aufzutreiben, so steht er dann machtlos in der Hand des Gläubigers, der das wahrscheinlich weit wertvollere Pfandobjekt als sein Eigentum reklamiert und keinerlei Verpflichtung zur Herausgabe (der arrha) hat, ja der, wie auf Grund einiger Quellenstellen behauptet wird, auch alle ev. geleisteten Teilzahlungen - mögen sie auch noch so beträchtlich sein — lukriert: gewiß eine allem Billigkeitsgefühl hohnsprechende Institution! [Vgl. hierzu v. Burckhard, a. a. O. S. 289/290 und 297/298.]

Im Jahre 285 wurde die Anfechtung propter laesionem enormem von Diokletian eingeführt. Von da ab hatten alle Geldgeber, die auf solche herzlose

und zum mindesten moralisch unlautere Weise sich zu bereichern strebten, ein doppeltes Interesse, alle Pfandbelehnungen mit der Abrede der l. c. vorzunehmen, weil diese den Einwand propter laesionen enormem nicht gestattete.

Ein weiteres Interesse hatte der Gläubiger an der Beifügung der Verfallklausel durch die bequemere Art der Befriedigung, da sie den umständlichen und vielleicht auch ganz unrationellen Verkauf der Pfandsache (oder besser „des Vermögensgegenstandes", da ja auch Rechte Pfandobjekt sein konnten) ersparte.

Wohl hauptsächlich aus dem ersten der angeführten Gründe sprach 40 Jahre später Konstantin von der crescens asperitas und schuf gegen sie Abhilfe.

Es ist vielfach, namentlich von seiten der Kanonisten, die Meinung vertreten worden, der Grund des Verbotes liege in der Unstatthaftigkeit des Zinsnehmens, der der erste christliche Kaiser Rechnung getragen habe. Die Kirche erließ ein Zinsverbot aber erst fünf Jahre später, nämlich im Jahre 325 auf dem Konzil in Nicäa, und überdies kennt noch das justinianeische Recht 12% Zinsen; also kann die vermeintliche Unmoralität des Zinsennehmens durchaus nicht Anlaß zu dem Verbot gewesen sein, sondern es waren lediglich die sozialen Erwägungen.

Auf die vielen Streitfragen, die sich an die l. c. knüpften, näher einzugehen, hätte heute lediglich mehr ein rechtshistorisches Interesse. Die noch heute praktischen Kontroversen werden uns im zweiten Teile begegnen.

Es ist hier also nur noch weniges zur weiteren Geschichte der l. c. in Deutschland zu bemerken.

Mit der Rezeption des corpus juris civilis wurde auch das Verfallklauselverbot übernommen. Die l. c. war in Deutschland sehr in Übung, ja beim Fahrnispfand — auch ihrer Bequemlichkeit wegen — und beim sogenannten Lehenspfand das Normale [Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. II, § 106 und § 154 I 6a].

Das Verbot war daher etwas Neues und Ungewohntes und die Reichspolizeiordnung von 1577 sieht sich veranlaßt, es einzuschärfen.

Im XX. Titel § 5 heißt es da:

„Und dieweil man in Erfahrung kompt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesatzte Pfand in benannter Zeit nicht gelöst würde, daß alsdann dasselbige ihnen verfallen seyn solte. Wann aber dasselbige den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verbotten, und nichtig seyn, sondern sollen den Juden die genommene Pfand, da dasselbige in gebührender Zeit von den Schuldigern nicht gelöst würden, durch Erkenntniß ihrer Obrigkeit, wie sichs zu Recht gebühret, umgeschlagen, verkaufft und das übrige Geld, da dem Juden das Sein entricht, dem Schuldiger gefolgt, und heraußer geben werden, demnach sollen auch die Obrigkeiten daran seyn, daß ihre Befelhaber mit den Juden dieser Polizey-Ordnung zugegen nichts pactiren, oder handeln".

Auf die Wandlung in der Auffassung, die durch die Kanonisten bewirkt wurde, ist schon oben hingewiesen worden.

Das Verbot ging in die meisten deutschen Partikulargesetzgebungen über [vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht II, § 108, n. 19, S. 320 und die Motive zu § 1167, Bem. 3, S. 820].

Einige Beispiele mögen zur Illustration im Wortlaut folgen:

Preußisches Allgemeines Landrecht, I, 20, § 33:

„Ein Vertrag, daß bei ausbleibender Zahlung die verpfändete Sache dem Gläubiger für die Schuld, oder für einen im Voraus bestimmten Wert zufallen soll, ist nichtig."

BG. für Sachsen, § 383:

„Die vor der Verfallzeit der Pfandschuld getroffene Verabredung, daß im Falle der Nichtbefriedigung das Pfand für die gesicherte Forderung oder für einen andern Betrag verfallen sein, oder ein Verkauf des Pfandes in anderer als der gesetzlich vorgeschriebenen Art erfolgen solle, ist nichtig".

Art. 1371 des „Allg. bürg. Gesetzbuches für das Kaisertum Österreich":

„Alle der Natur des Pfand- oder Darleihensvertrages entgegen stehenden Bedingungen und Nebenverträge sind ungiltig. Dahin gehören die Verabredungen: daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger

zufalle; daß er es nach Willkür, oder zu einem schon im voraus bestimmten Preise veräußern, oder für sich behalten könne; daß der Schuldner das Pfand niemals einlösen, oder ein liegendes Gut keinem andern verschreiben, oder daß der Gläubiger nach Verfall die Veräußerung nicht verlangen dürfe."

Ähnlich lauten die Bestimmungen des bayerischen Landrechts (Teil II, Kap. 6, § 18), des Code civil (art. 2078, 2088) usw.

III. Das Bundesgesetz, betr. die vertragsmäßigen Zinsen (vom 14. November 1867).

Mit dem Erlaß des Bundesgesetzes vom 14. November 1867, das durch § 2 des Gesetzes vom 16. April 1871 zum Reichsgesetz erklärt wurde, begann ein heftiger Streit, ob damit die l. c. aufgehoben sei.

Der umstrittene § 1 hat folgenden Wortlaut:

„Die Höhe der Zinsen, sowie die Höhe und die Art der Vergütung für Darlehen und für andere kreditierte Forderungen, ferner Konventionalstrafen, welche für die unterlassene Zahlung eines Darlehns oder einer sonst kreditierten Forderung zu leisten sind, unterliegen der freien Vereinbarung.

Die entgegenstehenden privatrechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen werden aufgehoben."

Man hat nun gemeint, da dieses Gesetz Zinsenfreiheit garantiere und die Höhe der Konventionalstrafe für unterlassene Darlehnszahlungen ebenfalls freigebe, müsse auch die l. c. als in dieser Hinsicht doch beschränkende Bestimmung fallen.

Dem ist aber nicht so. Das zeigt schon die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, wo nirgends die Rede von der l. c. ist. Ferner hängt, wie wir schon sahen, die l. c. innerlich gar nicht mit der hier geregelten Materie zusammen. Die l. c. ist pfandrechtlich, während wir es hier mit einer schuldrechtlichen Regelung zu tun haben. In dem Erkenntnis des Obertribunals zu Berlin vom 30. März 1871 heißt es: „Nicht die Absicht des Wuchers, die Höhe und der Umfang des unerlaubten Gewinnes und des unberechtigten Nachteils, sondern die Eigentumsübertragung an dem Pfande selbst, in ihrer Abstraktion von allen Nebenmomenten begründet die absolute Wirkungslosigkeit und Nichtigkeit jenes Nebenvertrages."

Erwägungen über die Gültigkeit der Verfallabrede haben heute nur mehr die Bedeutung einer historischen Reminiszenz, da wohl keine Meinungsverschiedenheit mehr darüber herrscht, daß nach dem BGB. die Nichtigkeit trotz des Gesetzes vom 14. November 1867 außer Zweifel steht. Auch das Reichsgericht hat sich entschieden auf diesen Standpunkt gestellt in zwei Entscheidungen mit ausführlicher Begründung. (RG. II 335 und IV 53.)

B. Systematischer Teil.

Die Verwirkungsabrede im geltenden Recht.

I. Grundpfandrecht.

1. § 1149 des BGB.

a) Seine Entwicklung.

Der § 1077 des Entwurfs erster Lesung hat folgenden Wortlaut:

> „Der zwischen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks und dem Gläubiger vor der Verfallzeit der Forderung geschlossene Vertrag, durch welchen dem Gläubiger für den Fall, daß seine Befriedigung unterbleibt, das Recht zugestanden wird, zum Zwecke seiner Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen oder dessen Veräußerung in anderer Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken, ingleichen der Vertrag, durch welchen der Eigentümer des Grundstücks sich dem Gläubiger verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder weiter zu belasten, ist nichtig."

Der entsprechende § 1149 des BGB. lautet, wie der § 1056 des Entwurfs zweiter Lesung und der § 1132 der Reichstagsvorlage, wie folgt:

> „Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken."

Abgesehen von der strafferen Fassung, die ja überhaupt das ganze fertige Gesetz gegenüber dem Entwurf erster Lesung aufweist, zeigt sich eine erhebliche Änderung des Inhalts: das Verbot der Veräußerung oder Weiterbelastung fehlt; es findet sich verselbständigt in § 1136, auf den noch näher einzugehen sein wird.

b) Inhalt und Erstreckung des § 1149.

Zwei Vereinbarungen sind im Interesse des Schuldners hier für nichtig erklärt, und zwar:

1. Die eigentliche lex commissoria als die Abrede, daß dem Gläubiger im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung das Pfand für die Forderung zufallen oder übertragen werden solle.

Nach dem Grundsatze von der zwingenden Natur sachenrechtlicher Bestimmungen kann eine solche Vereinbarung keine dingliche Wirkung haben. Die

Motive geben hierzu die folgenden Ausführungen [Motive III, S. 680, Bem. 1 zu § 1077]:

„Zweifellos ist, daß dieser Vertrag dingliche Wirkung nicht haben kann, da er den durch die §§ 1062 und 1075 (§§ 1113 und 1147 BGB.) gegebenen Inhalt der Hypothek wesentlich verändern, eine besondere Kategorie von Hypotheken schaffen würde. Die Rücksicht auf den Realkredit verlangt eine solche Nebenform nicht. Die Zulassung desselben würde vielmehr den soliden Kredit erheblich gefährden, indem sie dem Gläubiger ein Mittel böte, die vielleicht nur vorübergehende Verlegenheit des Eigentümers zur Erlangung ungewöhnlicher Vorteile zu benutzen, ohne das Kreditbedürfnis desselben zu befriedigen. Soll aber das Gesetz seinen Zweck erreichen, die Beziehungen zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer vor dem Eindringen eines der Hypothek an sich fremden Elements bewahren, so muß es nicht bloß von der Zulassung der l. c. absehen, sondern zugleich den obligatorischen Vertrag verbieten, durch welchen der Gläubiger das Recht erhalten soll, für den Fall, daß er nicht rechtzeitig befriedigt würde, die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zum Zwecke seiner Befriedigung zu verlangen."

Weiterhin wird ausdrücklich betont, daß eine Vereinbarung dieses Inhalts nur unter der Voraussetzung von der Nichtigkeit getroffen sein soll, wenn

sie vor Fälligkeit der Forderung eingegangen sei. Der nach der Fälligkeit eingegangene Vertrag habe bisher gegolten, und zur Beanstandung seiner Gültigkeit liege auch für das neue Recht kein erheblicher Grund vor.

Ferner soll nicht getroffen werden der Fall, daß der Veräußerer sich den Rückfall des Eigentums vorbehält unter der Bedingung, daß der Erwerber das durch Hypothek zu sichernde Kaufgeld nicht pünktlich zahlen würde. In dieser Hinsicht solle eingreifen die Bestimmung über auflösende Bedingung in § 871 des Entwurfs erster Lesung, dessen einschlägiger Teil lautet:

> „Ist unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines aufgelassen, so ist bei der Eintragung des Erwerbers als Eigentümers zugleich von Amts wegen das Rückfallsrecht des Veräußerers in das Grundbuch einzutragen.“ . . . . „mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermines geht das Eigentum auf den Rückfallsberechtigten über.“ [E I, S. 198.]

Dieser § 871 ist aber, wie Männer [Sachenrecht, S. 439, Anm.] mit Recht aufmerksam macht, gestrichen worden [s. Protokolle III, S. 183], und mit dem entsprechenden § 925, Abs. 2, wonach eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist, erscheint die Ansicht eines unmittelbaren Rückfalls unvereinbar. Biermann [Sachenrecht, S. 351, Bem. 3 zu § 1149] teilt diese Meinung, hält

aber einen nach § 313 formgerecht abgeschlossenen obligatorischen Vertrag, nach welchem der Erwerber unter der angegebenen Voraussetzung zur Rückauflassung des Grundstücks verpflichtet sein soll, für zulässig. Er weist darauf hin, daß ein solcher obligatorischer Vertrag zulässig wäre, falls für das rückständige Kaufgeld keine Hypothek eingeräumt wird, und die Einräumung dieser Hypothek kann ihn nicht unzulässig machen.

Als „Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes" und „zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruches" ist nach § 883 die Eintragung einer Vormerkung zulässig, und zwar nach den Formen des § 313, aber ohne dingliche Wirkung. [Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 472, Bem. 3b zu § 1149; Biermann a.a.O.; Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I, Bem. 4, S. 874; Kober, Bem. 2 zu § 1149.]

Soweit nicht die Unsittlichkeits- und Wucherbestimmungen des § 138 eingreifen, können Gläubiger und Eigentümer unter Beobachtung des § 313 vereinbaren, daß dem ersteren das Recht zustehen solle, noch vor dem Zeitpunkte der Fälligkeit seiner Forderung das belastete Grundstück für einen bestimmten Preis zu erwerben. [Vgl. Entsch. des ROHG. Bd. VII, S. 65; Turnau-Förster, Bem. 1 zu § 1149; Kober, 1a zu § 1149.]

Die nach Fälligkeit der Forderung getroffene, also gültige, und unter Beobachtung der Formvorschriften des § 313 eingegangene Vereinbarung gibt

dem Gläubiger das Recht, vom Eigentümer Erfüllung durch Auflassung des Grundstücks zu verlangen. Die Wirksamkeit gegen Dritte hängt ab von der Sicherung durch eine Vormerkung.

2. Von der Nichtigkeit wird ferner getroffen „die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung", wobei vor allem an freihändigen Privatverkauf zu denken ist.

Dieses Verbot erfährt eine ähnliche Begründung wie das vorhergehende der eigentlichen lex commissoria. In Bem. 2 zu § 1077 heißt es hierüber in den Motiven [M. III, S. 681]:

> „Die Beitreibung der Forderung mittels Zwangsvollstreckung in das Grundstück gehört zum Inhalt der Hypothek. Den Beteiligten kann daher, solange die Forderung nicht fällig ist, aus dem oben angeführten Grunde nicht gestattet werden, durch Vertrag zu bestimmen, daß die Hypothek durch eine nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Veräußerung des Grundstücks verwirklicht werden solle. Ein solcher Vertrag ist ohnehin schon um deswillen für ungültig zu erklären, weil es gegen die öffentliche Ordnung verstößt, wenn der eine oder der andere Teil von vornherein auf die Anwendung derjenigen Formen verzichtet, welche das Gesetz vorschreibt, um die Rechtsverwirklichung in ordnungsmäßiger und gerechter Weise sicherzustellen."

Absatz 3 der Bemerkungen beginnt:

„Der Eigentümer kann über das Grundstück, soweit nicht das Recht der Hypothek entgegensteht, gemäß § 848 frei verfügen und einer Beschränkung dieser Befugnis mit Rechtswirkung gegen Dritte durch Rechtsgeschäft sich nicht unterwerfen."

Daraus geht hervor, daß auch der Verzicht auf ein einzelnes Vollstreckungsmittel als von Anfang an unstatthaft erscheinen muß [s. Kober in Bem. 1b zu § 1149].

Die Forderung muß nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes fällig geworden sein gegenüber dem Eigentümer. Die Fälligkeit der Forderung dem persönlichen Schuldner gegenüber genügt nicht; es muß die Hypothek dem Eigentümer gegenüber fällig geworden sein. [Nähere Bestimmungen hierüber in § 1141.]

Gegenüber dem vom Eigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner besteht im Falle eines freihändigen Verkaufs dieselbe Anzeigepflicht wie nach § 1166 beim Betreiben der Zwangsvollstreckung; denn es liegt dem Schuldner gegenüber, dem ja diese Vorschrift dienen soll, im wesentlichen der gleiche Vorgang vor. Fuchs hält dagegen eine analoge Ausdehnung angesichts des positiv-rechtlichen Charakters der nicht-exekutivischen Befriedigungsarten des § 1149 für nicht angängig. [Vgl. Biermann, Bem. 1b zu § 1149, S. 351; Turnau-Förster, S. 874, Bem. 2; und andrerseits Fuchs, S. 534, Bem. 1 zu § 1166.]

Meinungsverschiedenheiten bestehen über die Ausführung des nach der Verfallzeit gültig geschlossenen Vertrages (§ 313!). Biermann [S. 351, Bem. 1 b], Kober [Bem. 2 zu § 1149], Planck [in Bem. 3 zu § 1149] und Turnau-Förster [in Bem. 2, S. 873] vertreten unter Berufung auf die §§ 40 und 41 GBO. die Ansicht, daß der Eigentümer auf Grund des vom Gläubiger geschlossenen Veräußerungsvertrages dem Erwerber die Auflassung freiwillig erteilen muß, oder ev. die Auflassungserklärung nach § 894 ZPO. ersetzt werden kann. Der Gläubiger sei als Nichteigentümer des Grundstücks zur Auflassung nicht in der Lage. Daher sei es sehr zweckmäßig, daß mit der Abrede eine Vollmachtserteilung zur Auflassung verbunden werde; nach § 168, Abs. 2 ist diese Vollmacht unwiderruflich.

Hiergegen macht Fuchs [vgl. Bem. 4a zu § 1149, S. 473] u. E. mit Recht geltend, daß es keiner Spezialvollmachten mehr weder zur Auflassung noch zur Geldempfangnahme bedürfe, und daß daher der Gläubiger schon durch das Abkommen als zur Auflassung, Einziehung des Kaufpreises und Verrechnung desselben ermächtigt anzusehen sei. Nur muß dem Grundbuchamt gegenüber die Form des § 29 GBO. gewahrt sein, und zu diesem Zwecke kann der Gläubiger ev. auf Verschaffung einer formgerechten Urkunde oder gleich auf Auflassung an den Erwerber klagen.

Selbstverständlich dürfen alle Vereinbarungen die Rechte der übrigen Hypothekengläubiger in keiner Weise beeinträchtigen.

Der § 1149 gilt gemäß § 1192 auch für die Grundschuld und nach § 1200 auch für die Rentenschuld.

2. § 1136 des BGB.

Dernburg hält mit guter Begründung den Schutz des § 1149 nicht für ausreichend [Sachenrecht, § 234 V_3, S. 639]. Er meint, daß Gläubiger, die solche Kautelen nötig erachten und durchsetzen, meistens imstande sind, die Hypothek als eine von vornherein fällige eintragen zu lassen; der Schutz des § 1149 sei also ein wenig kräftiger. Doch könne § 138_2 genügen, was aber u. E. wegen der Relativität der Tatbestandsmerkmale des Wuchers auch dahinsteht.

Dagegen ist eine unzweideutig kräftigem Schutze des Schuldners dienende Bestimmung der § 1136, in dem wir das dritte Verbot des § 1077 des Entwurfs erster Lesung wiederfinden. Er lautet:

> „Eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nichtig."

Die Motive bemerken hierzu in Nr. 3 zu § 1077 [M. III, S. 682]: Ein praktisches Bedürfnis, den Beteiligten die Möglichkeit zu eröffnen, der Hypothek durch Vertrag ein Veräußerungsverbot hinzuzufügen und den Inhalt derselben auf diese Weise zu erweitern, ist nicht vorhanden. Im Gegenteil: die Rücksicht auf das Gedeihen und die fortschreitende Entwicklung der Verhältnisse des Grundbesitzes erheischt dringend, daß der Eigentümer möglichst frei

über sein Besitztum verfügen kann. Er muß, wenn seine Mittel nicht mehr ausreichen, rechtlich imstande sein, eine neue Hypothek aufzunehmen und, wenn dies nicht gelingt, das Grundstück durch Veräußerung in leistungsfähigere Hände zu bringen. Dieses Ziel aber ist nur dann erreichbar, wenn das Gesetz dem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote auch die obligatorische Wirkung unter den Vertragschließenden versagt."

Hier ist also ohne Rücksicht auf die Zeit des Vertragsschlusses die Weiterbelastung und Veräußerung mit Nichtigkeit belegt, und zwar soll ein solches Übereinkommen auch ohne obligatorische Wirkung bleiben, also eine Ausnahme von § 137, Satz 2.

Aus § 139 ergibt sich für den Grundbuchrichter, daß der Antrag auf Eintragung einer Hypothek mit einem solchen Veräußerungs- oder Weiterbelastungsverbote im ganzen abzulehnen ist, es sei denn, daß der Antragsteller die Eintragung auch ohne Klausel ausdrücklich verlangt. [Vgl. Fuchs, Bem. 4 zu § 1136, S. 443: Turnau-Förster, Bem. 4 zu § 1136, S. 829.]

II. Fahrnispfandrecht.

§ 1229.

1. Seine Entwicklung.

§ 1229 findet sich im Entwurf erster Lesung (S. 265) als § 1167 mit folgendem Wortlaut:

„Ein vor dem Eintritte der im § 1165, Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen zwischen dem

Eigentümer des Pfandes und dem Pfandgläubiger geschlossener Vertrag, durch welchen vereinbart ist, daß, wenn der Pfandgläubiger nicht befriedigt werde, zum Zwecke dieser Befriedigung das Eigentum an dem Pfand auf den Pfandgläubiger übergehen, oder dieser berechtigt sein soll, die Übertragung des Eigentums zu verlangen, ist nichtig."

Der im Texte angeführte Absatz 2 des § 1165 lautete:

„Der Pfandgläubiger ist zum Verkaufe des Pfandes berechtigt, sobald die Forderung ganz oder zum Teil fällig geworden und, wenn sie zunächst nicht eine Geldleistung zum Gegenstande hatte, in eine Geldforderung übergegangen ist."

Im Entwurfe zweiter Lesung (S. 361) trägt der Paragraph die Nummer 1136, in der Reichstagsvorlage 1212 und lautet beidemal gleich dem § 1229 der endgültigen Fassung (bis auf „falls", für das „wenn" eingesetzt war) wie folgt:

„Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig."

Die Protokolle besagen hierzu lediglich, daß der redaktionelle Antrag auf die jetzige Fassung vorlag, und daß die Vorschrift sachlich gebilligt wurde.

2. Sein Inhalt und seine Erstreckung.

Im Anschluß an den Text und die Ausführungen der Motive ergeben sich klar drei Verbote [M. III, S. 820/21]:

a) Verboten ist der vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung des Gläubigers eingegangene Vertrag, die lex commissoria i. e. S.

Die rechtliche Struktur dieses Vertrages ist die einer aufschiebend bedingten Einigung über die Eigentumsübertragung, die an sich, da der Erwerber schon im Besitze der Sache ist, nach § 929 zum Eigentumserwerbe genügen würde, wenn nicht das strikte Verbot gegeben wäre.

Nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung kann die durch datio in solutum geschehende Eigentumsübertragung zum Zwecke der Tilgung dem Pfandeigentümer nicht verwehrt werden.

Der Eintritt der Verkaufsberechtigung bestimmt sich nach § 1228, Abs. 2 und erfordert:

α) die Forderung muß ganz oder teilweise fällig und nicht erfüllt sein;

β) die nicht schon auf Geld gehende Forderung muß, ev. durch Vertrag, zu einer Geldforderung geworden sein.

b) Verboten ist ferner, falls die Pfandobjekte Sachen sind, die einen Markt- oder Börsenprreis haben, die Überlassung zum jeweiligen Markt- oder Börsenpreis.

Die Übertragung zu einem festgesetzten Preise oder zum Schätzungswerte ist ebenfalls hierher zu rechnen.

Wie die Motive in Bemerkung 3 selbst betonen, haben diese Vereinbarungen einen minder bedrohlichen Charakter. Es soll aber die unter Umständen für den Eigentümer gefährliche Bindung sowie unlautere Spekulationen, die ja sehr wohl im Bereiche der Möglichkeit liegen (z. B. durch bessere Kenntnis der Handelslage u. dergl.), verhütet werden. Da dieser Fall ohnehin unter a) zu subsumieren wäre, und eine andere Behandlung eine besondere Ausnahmebestimmung erheischte, hat sich der Gesetzgeber zu einer solchen nicht veranlaßt gefühlt.

c) Auf dem Umwege einer obligatorischen Bindung, der vertragsmäßigen Verpflichtung zur Eigentumsübertragung im Falle nicht oder nicht rechtzeitig bewirkter Befriedigung, wäre leicht eine Umgehung obiger Verbote möglich, und es muß demzufolge auch der obligatorische Verfallvertrag von der Nichtigkeit betroffen werden, wenn der Wille des Gesetzes erfüllt werden soll.

Die rechtliche Struktur dieses obligatorischen Verfallvertrages wäre ein an sich ebenfalls gültiger aufschiebend bedingter Pfandverkauf, bei dem der Kaufpreis-Forderung und Nebenansprüche zu decken hätte. [Vgl. hierzu Planck, Bem. 2 zu § 1229.]

Diese drei Verbote sind an sich als sachenrechtliche und nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes „zwingenden Charakters“ (§ 134 BGB.

Nach Eintritt der Verkaufsberechtigung sind diese Rechtsgeschäfte sämtlich gültig, soweit sie nicht nach § 138 BGB. gegen die guten Sitten verstoßen, was Frage des Einzelfalles sein wird.

Der Umfang der Nichtigkeit bestimmt sich nach § 139, d. h. es ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Das Verbot dieser Verfallklausel beschränkt sich auf Eigentumsverfall oder Eigentumsübertragung der Sache an den Gläubiger. Die Verabredung der Retention ist statthaft. Ein Zurückbehaltungsrecht läßt unter Umständen auch die nichtige Klausel des Textes entstehen. [Vgl. Crome, Sachenrecht, S. 849_3.]

Der gestattende Inhalt des § 1229 ist zusammengefaßt in Bemerkung 5 der Motive. Danach wird nicht getroffen „die auflösend bedingte Eigentumsübertragung, welche insbesondere in der Weise vereinbart werden kann, daß der das Eigentum durch constitutum possessorium übertragende Verkäufer an der innebehaltenen Sache ein Pfandrecht wegen des Kaufgeldes und den Rückfall des Eigentums bei Nichtzahlung des Kaufgeldes sich vorbehält. Ebensowenig werden die Fälle der unbedingten Tradition mit Ausbedingung des obligatorischen Rückkaufsrechtes zugunsten des Kreditnehmers getroffen."

Was hier die Motive hervorheben, bezeichnet Dernburg [Sachenrecht, S. 735, Anm. 10] mit Recht als selbstverständlich, weil der Berechtigte sich hier

nicht als Pfandgläubiger, sondern als Verkäufer den Rückfall vorbehält.

Auch Cosak-Kober [Bem. 2_2 zu § 1229] und ebenso Biermann [Bem. 1 zu § 1229] erscheint es als zulässig, daß der Gläubiger das Pfand unter Verrechnung des Kaufpreises gegen seine Forderung kauft und zugleich unter der auflösenden Bedingung verkauft, daß, falls der Kaufpreis nicht pünktlich bezahlt wird, das Eigentnm der Sache bei ihm verbleibe, nur vorausgesetzt, daß diese Eigentumsübertragung von vornherein ernstlich gemeint sei.

Das Verbot des § 1229 erstreckt sich kraft positiver Vorschrift gemäß § 1266, Satz 1 auch auf das Pfandrecht an Schiffen und nach § 1273_2 und § 1277, Satz 2 auch auf das Pfandrecht an Rechten.

3. Besonderheiten.

a) Pfandrecht an Geld.

Besondres gilt hinsichtlich des Pfandrechts an Geld, und seine Regelung hat erhebliche Schwierigkeiten verursacht.

Der Entwurf I hatte in dem § 1168 hierüber folgende Bestimmung:

> „Ist Geld Gegenstand des Pfandrechts, und hat der Pfandgläubiger das Geld in seiner Inhabung, so erlangt er mit dem Eintritte der in § 1165, Abs. 2 bezeichneten Voraussetzungen [Fälligkeit und Geldschuld] die Befugnis, sich wegen der fälligen Forderung aus dem Gelde zu befriedigen.

Ist der Pfandgläubiger verpflichtet, das Geld in Zahlung zu nehmen, so erlangt der Eigentümer mit dem Eintritte jener Voraussetzungen die Befugnis, von dem Pfandgläubiger zu verlangen, daß er sich daraus befriedige.

Die Befriedigung ist mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen, in welchem der Pfandgläubiger gegenüber dem Eigentümer erklärt, sich aus dem Gelde befriedigen zu wollen, oder der Eigentümer gegenüber dem zur Annahme des Geldes in Zahlung verpflichteten Pfandgläubiger erklärt, daß er dessen Befriedigung aus dem Gelde verlange."

Die Motive [S. 821/2] führen hierzu aus, daß die unmittelbare Befriedigung durch brevi manu traditio an sich selbst geschehe in Ausübung des eigenen Rechtes an dem Gelde. Die an sich unersichtlich bleibende Tradition verlange aber zur Wirksamkeit eine Erklärung des Gläubigers über den Besitzwillen gegenüber dem Eigentümer. Die Verpflichtung des mit der Zahlung an sich selbst zögernden Gläubigers zur Selbstbefriedigung sei geboten durch das Interesse des Eigentümers.

Nicht-obligationsmäßiges Geld (insbesondere Papiergeld und Banknoten) soll direkt ohne Versteigerung oder Umwechslung in Zahlung genommen werden können; ein Zwang des Eigentümers auf den Gläubiger zur Selbstbefriedigung daran sei aber unstatthaft.

Der Kommission II. Lesung lagen fünf Abänderungsanträge und ein Antrag auf Streichung des

ganzen Paragraphen vor. [Vgl. Protokolle III, S. 467/470.]

Zwei von den Anträgen gingen auf Verhütung des Aufzwingens der Befriedigung, die nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen untunlich sei und den Gläubiger unter Umständen auch schädigen könne. Ein weiterer betonte die Notwendigkeit des Alleinbesitzes lediglich für den Zeitpunkt, mit welchem gemäß Absatz 2 die Befriedigung als bewirkt anzusehen sei. Der vierte Antrag wollte zur Verdeutlichung ein ev. Retentionsrecht in den Wortlaut aufgenommen wissen, und der fünfte endlich verlangte im Interesse besseren Einklangs mit der Verkehrsauffassung, daß der Befriedigungserklärung des einen oder des anderen Teiles ebenso rückwirkende Kraft beigelegt werde wie der innerlich verwandten Aufrechnungserklärung.

Diese Abänderungsanträge wurden schließlich alle abgelehnt und der sechste auf gänzliche Streichung angenommen, weil eine gesetzliche Regelung auch in anderen Rechten noch nicht erfolgt und auch nicht nötig sei.

Die Befriedigung selbst liegt praktisch ja sehr einfach, da die Parteiabsicht immer auf Aufrechnung gehen wird. Dagegen macht die juristische Konstruktion große Schwierigkeiten. Es stehen sich im wesentlichen drei Meinungen gegenüber:

1. In der Kommission für die zweite Lesung „wurde von mehreren Seiten die Ansicht vertreten, daß sich auch ohne gesetzliche Vorschrift eine angemessene Entscheidung ergebe, wenn man annehme,

daß mit der Verpfändung von Geld eine dinglich bindende bedingte Offerte der Eigentumsübertragung des verpfändenden Eigentümers verbunden sei, durch deren Annahme in Verbindung mit der Aneignung der Geldstücke der Pfandgläubiger das Eigentum erwerbe, und daß bei der Verpfändung von obligationsmäßigem Gelde zugleich eine dinglich bindende bedingte Erklärung der Annahme jener Offerte von seiten des Pfandgläubigers vorliege". [Protokolle III, S. 469 470.]

2. Planck und Kober sind der Meinung, daß zum Eigentumserwerbe die einseitige Kundgabe des Aneignungswillens genüge (unmittelbaren Besitz des Pfandes natürlich vorausgesetzt). [Planck, Bem. 1 a zu § 1228, Kober, Bem. 1 zu § 1228, ebenso Windscheid-Kipp, § 226 a $_2$.]

3. Biermann verlangt hierzu noch einen stillschweigenden Aufrechnungsvertrag. [Bem. 2 zu § 1229, S. 452.]

Die erste sehr komplizierte Ansicht kommt u. E. in Konflikt mit § 1229. Die Motive stellen ausdrücklich fest, daß dieser Paragraph nicht trifft die auflösend bedingte Eigentumsübertragung, womit seine Gültigkeit für die konstitutiv bedingte Eigentumsübertragung gegeben sein dürfte.

Die Theorie von Kober, Planck und Windscheid reicht nicht aus für den Fall, daß dem Pfandgläubiger nur ein Teil des verpfändeten Geldes zur Befriedigung gebührt, beispielsweise 100 M. von einem Tausendmarkschein. Nach dieser Ansicht gewinnt der Gläubiger ein Miteigentum nach Bruchteilen, das

ihm — da er zum Erwerb des Alleineigentums gegen Herauszahlung nur mit Zustimmung des Eigentümers befugt ist (nach § 185) — jedenfalls nicht die einfache Befriedigung gestattet wie die Biermannsche Theorie, wonach der Gläubiger den Überschuß herauszahlt und damit das Alleineigentum erwirbt. Wir schließen uns demnach Biermanns Ansicht an.

b) Pignus irregulare.

Man versteht darunter eine Verpfändung von Geld in der Weise, daß nicht die individuell bestimmten Geldstücke wieder zu erstatten sind, sondern daß dem Pfandgläubiger eine generelle Rückerstattung der gleichen Summe in Stücken gleicher Art zusteht. Der Pfandgläubiger wird Eigentümer der Geldstücke und erwirbt an der gegen bestehenden Forderung des Übertragenden auf Rückerstattung nach § 233 BGB. ein Pfandrecht. Der Fall eines pignus irregulare dürfte überall da gegeben sein, wo dem Pfandgläubiger das Geld unverschlossen übergeben wird. Im Grunde ist kein eigentliches Pfand-, sondern ein Veräußerungsgeschäft gegeben. Im BGB. hat das p. i. keine Erwähnung gefunden, wohl aber ist es anerkannt in den Beschränkungen des § 2 des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896.

[Vgl. darüber Biermann in Bem. 3 zu § 1229, Kober in Bem. 5 zu § 1204, Staub in Bem. 5 zu § 368 HGB. und Fritz Haas, Die Sicherstellung durch Übereignung einer Geldsumme. Straßb. Diss. 1899.]

4. Ausdehnung auf das Handelsrecht.

Die oben entwickelten Sätze müssen kraft positiver Vorschrift auch im Handelsrecht Anwendung finden, und zwar unverändert. Der Absatz 2 des § 371 HGB. lautet:

> „Die Befriedigung erfolgt nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches."

III. Schuldrecht.

1. § 360 des BGB.

Zum Schlusse mag noch kurz auf die anderweitigen Bestimmungen eingegangen werden, die das BGB. hinsichtlich der Frage nach der Verwirkung eines Rechts enthält. Es kommen da in Frage die §§ 360 und 455.

> „Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger beim Eintritt dieses Falles zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt."

Hier ist also bestimmt, daß der Gläubiger sich ein Rücktrittsrecht ausbedingen kann für den Fall, daß der Schuldner die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten nicht erfüllt. Welcher Art dieses Nichterfüllen sein muß, darüber ist nichts gesagt. Ob es auf den Zeitpunkt der Nichterfüllung ankommt, oder darauf, daß der Schuldner überhaupt nicht oder nicht ge-

hörig erfüllt hat, kann nur im konkreten Falle entschieden werden.

Das Rücktrittsrecht des Gläubigers regelt sich nach den vorhergehenden §§ 346—358. Der Verlust der Rechte tritt mit der Nichterfüllung nicht ipso jure ein, sondern diese löst erst das Rücktrittsrecht des Gläubigers aus.

Das Gesetz sagt . . . „ist berechtigt"; also hat die Vorschrift dispositiven Charakter. Zwingenden erhält sie in § 1 des Gesetzes vom 16. 5. 1894, betreffend Abzahlungsgeschäfte. Da heißt es im Schlußsatze direkt: „Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig."

2. § 455.

„Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt, und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt, ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Dieser Paragraph findet sich noch nicht im Entwurf erster Lesung; man hat ihn für überflüssig gehalten [Motive II, S. 319]. Er wurde erst von der zweiten Kommission eingestellt, und zwar in der sehr richtigen Erwägung, daß bei dem vielleicht häufigsten Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens, dem Kauf, eine Auslegungsregel angebracht sei. Der

Kauf vollzieht sich ja gewöhnlich mit dem stillschweigenden Eigentumsvorbehalt bis zur völligen Tilgung des Kaufpreises.

Der Eigentumsvorbehalt des § 455 hat zwei Wirkungen: eine dingliche und eine obligatorische. Die erstere hindert aufschiebend den Eigentumsübergang, der Verkäufer kann vindizieren bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Der Käufer kann also keine Verfügung über die Kaufsache treffen, deren Voraussetzung das Eigentum ist. Wirksamkeit können solche Verfügungen nur erlangen, wenn die Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens Dritter sie bedingen, oder nach § 185 nachträglich durch Konvaleszenz.

Eigentumsübergang unter auflösender Bedingung der Nichterfüllung unterliegt freier Vereinbarung.

Der Eigentumsvorbehalt ist nicht als Pfandrecht des Verkäufers für seinen Zahlungsanspruch aufzufassen [Motive III, S. 316]; auch § 1205 spricht dagegen.

Für das obligatorische Verhältnis der Parteien gilt entsprechend das zu § 360 Gesagte. Der Zahlungsverzug des Käufers gewährt dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht.

Bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung schließt § 946 den Eigentumsvorbehalt aus.

Eine ausdrückliche Eigentumsvorbehaltserklärung ist durchaus nicht immer nötig, sondern kann sich aus den Umständen ergeben. [Vgl. hierzu Kober, Bem. 6 zu § 455.] Der gewöhnliche Kauf wird durchschnittlich hierher gehören.

Auch zu § 455 ist eine Bestimmung des oben erwähnten Gesetzes über Abzahlungsgeschäfte einschlägig und zwar § 5: „Hat der Verkäufer auf Grund des ihm vorbehaltenen Eigentums die verkaufte Sache wieder an sich genommen, so gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts.“

Das bisher Ausgeführte gilt nur vom Eigentumsvorbehalt an beweglichen Sachen; welche Bedeutung er an Grundstücken hat, ist im BGB. nicht gesagt.

Nach § 925, Abs. 2 kann die im Absatz 1 verlangte Auflassung nicht bedingt oder befristet sein. Sonach ist an eine dingliche Wirkung des Vorbehalts nicht zu denken. Man wird sich da Plancks Meinung anschließen müssen [Bem. 5 zu § 455], wenn er sagt, die Absicht könne dahin gehen, daß der Verkäufer im Falle nicht rechtzeitiger Zahlung des Kaufpreises die Rückübertragung des Eigentums zu verlangen befugt und der Verkäufer verpflichtet sein solle, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung dieses aufschiebend bedingten Anspruchs des Verkäufers zu bewilligen. Unter Umständen werde der Vorbehalt auch künftig in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte (vgl. insbesondere das preußische Gesetz über Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872, bayr. Hypothekengesetz § 15) dahin auszulegen sein, daß der Käufer gehalten sein solle, für die zu sichernde Forderung dem Verkäufer Hypothek zu bestellen.

Benutzte Literatur.

J. Biermann, Sachenrecht, 2. A. 1903.

A. Brill, Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtl. l. c. Diss. Erl. 1896.

H. Brinkmann, Die lex commissoria. Diss. Gött. 1892.

J. v. Bröcker, Die Ungültigkeit der l. c. beim Pfandrechte. Diss. Erl. 1896.

H. v. Burckhard, Die l. c. beim Kauf. Archiv für die ziv. Pr., Bd. 51.

Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts: Sachenrecht, IV. 1904.

Crome, System des bürgerl. Rechts: Sachenrecht.

Dernburg, System des bürgerl. Rechts: Sachenrecht.

Dernburg, Das Pfandrecht, 1864.

Dernburg, Pandekten, 7. A. 1903.

Fischer-Henle, Das BGB., 7. A. 1906.

Förster-Eccius, Das preußische Privatrecht, 7. Aufl.

Friedberg, Handelsgesetzbuch.

Fuchs, Grundbuchrecht, Kommentar, I, 1902.

Kober, in Staudingers Kommentar zum BGB., II u. III.

Männer, Sachenrecht, 1906.

Materialien zum BGB., Amtl. Ausgabe.

Planck, Kommentar zum BGB., II. u. III. Bd.

Regelsberger, Bayerisches Hypothekenrecht.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, II. Bd.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, I. Bd., 3. Aufl. 1906.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Marburg 1851, 6. Aufl.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.

Warnkönig, Dogmengeschichtliche Entwicklung der lex commissoria. Archiv für die ziv. Pr., Bd. 24—25.

Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Rechts.

Entscheidungen des Reichsgerichts, 2. und 4. Bd.

Lebenslauf.

Ich, Dr. phil. Eugen Reinhard, wurde als Sohn des Restaurateurs Johann Reinhard am 4. Juni 1882 in Niedernberg am Main geboren und besuchte in Würzburg die Volksschule. Nach dem frühen Tode meiner Eltern kam ich zu entfernten Verwandten nach Eger in Böhmen, wo ich 1895 ins Gymnasium eintrat und 1903 maturierte. Von meinen zehn akademischen Semestern verbrachte ich fünf an der Universität Würzburg und fünf in Leipzig, wo ich in der philosophischen Fakultät promovierte. An juristischen und nationalökonomischen Vorlesungen hörte ich in Würzburg die der Herren v. Burckhard, Jäger, E. Mayer, Meurer und v. Schanz, in Leipzig die der Herren Binding, Bücher, Eulenburg, Jäger, O. Mayer und Wach.